

Verkündet

am 19. Dezember 1955

Jodas, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm R [REDACTED], B [REDACTED]
/Krs. H [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten,
Berufungsklägers, Anschluß-
berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Transportunternehmer Martin M [REDACTED],
[REDACTED]/Krs. T [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger,
Berufungsbeklagten, An-
schlußberufungskläger und
Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 15. Dezember 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Kuhn und Artl
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart, das
an Verkündungs Statt am 5. Mai 1954 zugestellt worden
ist, wird auf Kosten des Klägers mit der Maßgabe zu-
rückgewiesen, daß der Urteilsspruch des Berufungsge-
richts wie folgt gefaßt wird:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts in Hechingen vom 24. März 1953 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Auf die Anschlußberufung des Beklagten wird der Kläger verurteilt, dem Beklagten 11.550 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 15. Januar 1954 zu bezahlen. Im übrigen wird die Anschlußberufung zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der beiden Rechtszüge.

Von Rechts wegen

57

-2-

Tatbestand:

Am 23. Dezember 1950 veröffentlichte der Beklagte, der Transportunternehmer ist, in der Tageszeitung "Schwarzwälder Bote" ein Inserat, inhalts dessen er eine Fabrikationseinrichtung zu kaufen suchte. Auf dieses Inserat meldete sich der Kläger, ein Bäcker, der zur damaligen Zeit eine Teigwarenfabrik betrieb. Er teilte dem Beklagten mit, daß er seine neue automatische Einrichtung krankheitshalber verkaufen wolle. Er führte in seinem Schreiben an den Beklagten weiter aus, seine Fabrikationseinrichtung habe eine Tagesleistung von 1.000 kg in 10 Stunden; eine Stammkundschaft beziehe monatlich 10 - 15 to. Die Parteien traten auf Grund dieses Schreibens in Kaufverhandlungen, die am 22. Januar 1951 zum Abschluß eines Vertrages führten. Durch diesen Vertrag verkaufte der Kläger eine Teigwarenfabrikationsanlage bestehend aus den im Anhang zu diesem Vertrage aufgeführten Maschinen und sonstigen zum Fabrikationsbetrieb erforderlichen Gegenständen. Entgegen der zu IV des Vertrages getroffenen schriftlichen Abrede, nach welcher der Kaufpreis auf 20.000 DM festgesetzt wurde, einigten sich die Parteien unstreitig durch mündliche Nebenvereinbarung auf einen Kaufpreis von 25.000 DM. Der Beklagte leistete eine Anzahlung von 10.000 DM. Das Restkaufgeld sollte in monatlichen Raten von mindestens 500 DM gezahlt werden. Die Parteien vereinbarten weiter mündlich, daß das ganze bisher vom Kläger betriebene Unternehmen, zu dem auch der Kundenstamm des Klägers und das von ihm benutzte, nicht geschützte Warenzeichen "Z[REDACTED] Teigwaren" gehören sollte, auf den Beklagten übergehen sollte. Im Widerspruch zu der von dem Kläger im Vertrage abgegebenen Erklärung, daß auf den verkauften Gegenständen kein Eigentumsrecht von Lieferfirmen ruhe, war die Maschinenfabrik L[REDACTED] auf Grund ihres Eigentumsvorbe-



halts noch Eigentümerin des größten Teils der Anlage. Der Kläger trat im März 1951 an diese Firma einen Teilbetrag des Kaufpreises in Höhe von 3.320 DM ab. Der Beklagte zahlte an sie einen Betrag von insgesamt 1.500 DM in Teilbeträgen von je 500 DM, und zwar die letzte Rate am 1. Juni 1951. Weitere Zahlungen an diese Firma lehnte er ab.

Am 10. Juli 1951 richtete der Beklagte, der mehrfach mit dem Kläger über eine Herabsetzung des Kaufpreises ohne Erfolg verhandelt hatte, ein Schreiben, in dem er die von ihm bereits mündlich ausgesprochene Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung wiederholte.

Der Kläger erhob Klage auf Zahlung des Restbetrages des Kaufpreises in Höhe von 13.450 DM. Er hat vorgetragen, der Kaufvertrag sei rechtswirksam zustande gekommen. Er habe in Augsburg eine feste Stammkundschaft gehabt, über deren Art und Umfang er den Beklagten unterrichtet habe, auch seine Angaben über den Umsatz mit ihr entsprächen den Tatsachen. Die Firma I. [REDACTED] habe dem Verkauf an den Beklagten zugestimmt. Der Beklagte habe in Kenntnis der Sachlage an diese Firma Teilzahlungen geleistet und damit ein ihm etwa zustehendes Anfechtungsrecht verwirkt.

Der Beklagte hat mit der Begründung um Klagabweisung gebeten, daß entgegen der Zusicherung des Klägers vor und bei Kaufabschluß eine Stammkundschaft in dem vom Kläger ihm zugesicherten Umfange nicht vorhanden gewesen sei. Die Angaben des Klägers, im Jahre 1950 einen Warenumsatz von 80.000 DM und hieraus einen Reinverdienst von 5.000 DM erzielt zu haben, seien unrichtig gewesen ebenso wie dessen Behauptung, einen Jahresumsatz von monat-

lich 10 - 15 to mit seiner Stammkundschaft gehabt zu haben. Das Geschäft des Klägers sei im Jahre 1950 zurückgegangen und sei schließlich in den letzten Monaten völlig zum Erliegen gekommen. Diese Umstände stellten einen Mangel des Unternehmens dar, der den von ihm erklärten Rücktritt rechtfertige, im übrigen habe er den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten. Der Vertrag sei auch wegen Verstoßes gegen die Preisbestimmungen nichtig, schließlich auch aus dem Grunde, weil der Kläger seine Unerfahrenheit ausgenutzt habe. Er habe sich einen Kaufpreis, der im auffälligen Mißverhältnis zu seiner Gegenleistung gestanden habe, versprechen lassen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte Widerklage auf Rückzahlung des bereits gezahlten Kaufpreises von 11.550 DM erhoben. Das Berufungsgericht hat bezüglich der Widerklage nach dem Antrage des Beklagten erkannt.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision, mit welcher der Kläger seinen Klageantrag weiter verfolgt und um Abweisung der Widerklage bittet. Der Beklagte hat die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsurteil ist gemäß § 128 Abs 2 ZPO erlassen. Bei einem solchen Urteil wird die Verkündung durch Zustellung der Urteilsformel ersetzt (§ 310 Abs 2 ZPO). Die Revision rügt, daß die Gerichtsakten nicht die Zustellungsunterlagen enthalten, demzufolge eine ordnungsmäßige Zustellung der Urteilsformel nicht festgestellt werden könne.

Die Rüge ist unbeachtlich. Auf der ersten Seite des Berufungsurteils befindet sich der Vermerk des Urkundsbeamten, daß das Berufungsurteil am 5. Mai 1954 den Parteien gemäß § 310 Abs 2 ZPO zugestellt ist. Dieser Vermerk reicht zum Nachweise der ordnungsmäßigen Zustellung aus. Im übrigen hat die Revision selbst vorgetragen, daß das Berufungsurteil am 5. Mai 1954 an Verkündungs Statt zugestellt sei.

II. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß die Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien der am 22. Januar 1951 schriftlich geschlossene, durch die unstreitig mündlich getroffenen Vereinbarungen ergänzte Vertrag sei. Seinen Inhalt hat das Berufungsgericht dahin ausgelegt, daß der Kläger nicht nur die im Anhang zu diesem Vertrage aufgeführten Maschinen und Einrichtungsgegenstände, die der Teigwarenfabrikation dienten, an den Beklagten verkauft habe, sondern das gesamte Unternehmen einschließlich des nicht eingetragenen Warenzeichens. Ebenso habe er dem Beklagten seine bisherige Kundschaft überlassen. Dies ergebe sich eindeutig aus dem Vortrag des Klägers, insbesondere aus dessen Aussage bei seiner Vernehmung am 15. Januar 1952, bei der er ausgeführt habe, durch den Vertrag sollte sein gesamtes Unternehmen an den Beklagten verkauft werden. Das Berufungsgericht hat weiter in Bestätigung des Urteils des Landgerichts festgestellt, daß die Zusage des Klägers, eine Stammkundschaft zu haben, mit der er im Jahre 1950 einen Umsatz von monatlich 10 - 15 to erzielt habe, Inhalt des Kaufvertrages geworden sei.

Das Berufungsgericht hat es dahingestellt sein lassen, ob der Vertrag wegen Verstoßes gegen die Preisvorschriften oder wegen Ausbeutung der Unerfahrenheit des

Beklagten nichtig sei. Es komme auch nicht darauf an, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, ob der Beklagte Gewährleistungsansprüche erheben könne und ob er zur Wandelung berechtigt sei. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag sei schon aus dem Grunde nichtig, weil der Beklagte den Kaufvertrag spätestens mit seinem Schreiben vom 10. Juli 1951 wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB rechtswirksam angefochten habe.

Die Nachprüfung des Revisionsgerichts kann sich daher zunächst darauf beschränken, ob die Anfechtung des Beklagten aus § 123 BGB von dem Berufungsgericht mit Recht als rechtswirksam erachtet worden ist. Ist dies der Fall, so erübrigt es sich, auf die weiteren Angriffe des Beklagten gegen den Bestand des Vertrages einzugehen.

Die Revision bestreitet dem Beklagten das Recht der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auf Grund des § 144 BGB. Nach dieser Vorschrift ist eine Anfechtung ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten vor Erklärung der Anfechtung bestätigt wird. Die Revision sieht eine Bestätigung des Kaufvertrages seitens des Beklagten in der Tatsache, daß er außer der Anzahlung bei Vertragsabschluß von 10.000 DM weitere 1.500 DM in Raten von 500 DM an die Maschinenfabrik L. [REDACTED] bezahlt habe, ebenso in seiner an den Kläger am 5. April 1951 geleisteten Zahlung von 50 DM. Diese Zahlungen habe der Beklagte, so führt die Revision aus, in Kenntnis der Umstände, auf welche er sein Anfechtungsrecht in seinem Schreiben vom 10. Juli 1951 gestützt habe, gemacht.

Das Berufungsgericht hat, da der Kläger bereits in den Tatsacheninstanzen sich auf die Vorschrift des § 144 BGB berufen hatte, hierzu Stellung genommen. Es hat

ausgeführt, die von dem Beklagten erfolgte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sei außer auf die Angaben des Klägers bezüglich der Kundschaft und der Tatsache, daß das mitverkaufte Warenzeichen von dritter Seite angefochten wurde, auch darauf gestützt, daß der Kläger hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts der Lieferfirma der Anlage bewußt falsche Angaben gemacht habe. Es könne dahingestellt bleiben, ob das Anfechtungsrecht des Beklagten wegen der falschen Angaben des Klägers bezüglich der Eigentumsverhältnisse an der Anlage durch die von dem Beklagten an diese Firma in Kenntnis der Sachlage gemachten Teilzahlungen gemäß § 144 BGB erloschen sei. Die Anfechtung auf Grund der falschen Angaben über den Umfang der Kundschaft und des mit ihr erzielten Umsatzes sei jedoch auf alle Fälle rechtswirksam erfolgt.

Der Revision ist zuzugeben, daß der Anfechtungsberechtigte nicht nur durch ausdrückliche Erklärung, sondern auch durch schlüssiges Verhalten zu erkennen geben kann, daß er trotz Kenntnis des Anfechtungsgrundes und der Anfechtbarkeit beim Vertrage stehen bleiben wolle. Auch in der Leistung von Teilzahlungen kann ein solches Verhalten erblickt werden. Der Wille, auf die Anfechtung zu verzichten, muß sich jedoch unzweideutig aus den Umständen ergeben. Es sei daher, so hat das Reichsgericht ausgeführt, wenn der Verzichtswille aus einem Verhalten des Anfechtungsberechtigten geschlossen werden soll, stets besonders sorgfältig zu prüfen, ob das Verhalten des Anfechtungsberechtigten dessen Verzichtswillen auf die Anfechtung und seinen Willen, beim Vertrage stehen zu bleiben, deutlich erkennen lasse, oder ob sein Verhalten nicht etwa aus anderen Gründen zu erklären sei (RG in SeuffA 86 Nr 22). In den drei Ratenzahlungen von je 500 DM an die Maschinenfabrik I [REDACTED] ist ein Verzichtswille des Beklagten auf sein

Anfechtungsrecht nicht zu erblicken, vielmehr lassen sich diese Zahlungen bei der gegebenen Sachlage durchaus aus einem anderen Grunde erklären. Der Beklagte hat widerspruchslos vorgetragen, daß die Firma L. [REDACTED] ihm bereits am 28. März 1951 eine einstweilige Verfügung androhte, er somit die Wegnahme der Anlage seitens deren Eigentümerin befürchten mußte. Er zahlte daher die Raten, um einen Schaden von sich abzuwenden, der die Stilllegung seines gesamten Betriebes zur Folge haben konnte. Durch diese Zahlungen wollte der Beklagte zumindest nicht auf sein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung hinsichtlich des Umfangs der Stammkundschaft verzichten. Aus dem Verzicht auf einen Anfechtungsgrund folgt nicht ohne weiteres der Verzicht auf die Geltendmachung weiterer dem Berechtigten zustehende Anfechtungsgründe (Soergel 1952 zu § 144 BGB Anm 1; SeuffA 86 Nr 22). Auch durch die Zahlung von 50 DM an den Kläger gelegentlich dessen Besuchs bei dem Beklagten am 5. April 1951 hat er auf sein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nicht verzichtet. Veranlassung zu dieser Zahlung war, wie schon aus ihrer Geringfügigkeit hervorgeht - es war Ratenzahlung von mindestens 500 DM vereinbart - , nicht der Wille des Beklagten, durch sie zum Ausdruck zu bringen, daß er beim Vertrage stehen bleiben wolle, sondern sie erfolgte aus Mitleid für den Kläger, der ihm seine verzweifelte wirtschaftliche Lage vorstellte. Der Beklagte hat unwidersprochen in seiner Erwiderung auf den Antrag des Klägers auf Erlangung des Armenrechts für die Berufungsinanz vorgetragen, daß dieser ihm seine derzeitige völlige Mittellosigkeit dargetan und hierbei seine Absicht, aus dem Leben zu scheiden, zu erkennen gegeben habe. Wenn bei einer solchen Sachlage sich der Beklagte entschloß, dem in wirtschaftliche Bedrängnis geratenen Kläger zu helfen, so ist hierin nicht ein Verzicht auf die ihm zustehenden

Rechte zu erblicken.

Ist somit mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß die Vorschrift des § 144 BGB dem Anfechtungsrecht des Beklagten wegen arglistiger Täuschung in Bezug auf den Umfang der Kundschaft nicht entgegensteht, so sind auch seine weiteren Ausführungen über die Rechtswirksamkeit dieser Anfechtung nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Kläger mit der Behauptung, er habe eine Stammkundschaft, die ihm monatlich 10 - 15 to Teigwaren abnehme, bewußt die Unwahrheit gesagt habe. Diese Behauptung des Klägers habe keineswegs den Tatsachen entsprochen. Zu dieser Feststellung ist das Berufungsgericht auf Grund des von dem Kläger überreichten Tagebuchs gekommen. Aus der Aufstellung im Tagebuch für das Jahr 1950 ergebe sich in Verbindung mit der Erklärung des Klägers, daß er für die Tonne Teigwaren einen Preis von 750 - 850 DM erhalten habe, daß er nur in einem Monat, nämlich im Monat August, 8 to, in einem weiteren Monat ca. 6 to verkauft habe. In den übrigen Monaten des Jahres 1950 habe der Umsatz des Klägers weit unter 6 to gelegen. Hierbei hat das Berufungsgericht nicht einmal berücksichtigt, daß die Umsatzzahlen in dem Tagebuch den Umsatz mit der gesamten Kundschaft des Klägers wiedergeben. Der Kläger hatte jedoch den Umsatz mit seiner Stammkundschaft gegenüber dem Beklagten auf monatlich 10 - 15 to beziffert.

Die hiergegen von der Revision erhobenen Angriffe können die Richtigkeit dieser Feststellung des Berufungsgerichts nicht erschüttern.

Es ist zwar richtig, wenn die Revision ausführt, daß der Kläger dem Beklagten nicht dafür einstehen konnte, daß dieser die gleichen Umsätze wie er in Zukunft erzielen werde. Es stand nicht in der Macht des Klägers, diese Garantie zu übernehmen. Die künftige Entwicklung des Un-

ternehmens hing neben den Konjunkturverhältnissen von der Tüchtigkeit des Beklagten sowohl in Bezug auf die Qualität seiner Ware als auch von der Bearbeitung der Kundschaft durch ihn und nicht zuletzt von der Einstellung des alten Kundenkreises zu ihm ab. Aber das Urteil des Berufungsgerichts beruht nicht auf einem etwaigen Rückgang des Umsatzes nach der Geschäftsübernahme durch den Beklagten, sondern auf der Feststellung, daß der Kläger selbst bei weitem nicht den Umsatz erreicht hat, den er in seinem Schreiben vom 27. Dezember 1950, in welchem es wörtlich heißt "Stammkundschaft 10 - 15 to monatlich" dem Beklagten vorge spiegelt hat. Es erübrigt sich daher, auf die Ausführungen und Rügen der Revision einzugehen, die den Umsatz des Beklagten nach der Übergabe des Geschäfts an ihn betreffen, insbesondere auf die Ausführungen der Revision, der Einkäufer der Firma M [REDACTED] in A [REDACTED] habe dem Beklagten gelegentlich eines Besuches in Begleitung des Klägers vor Abschluß des Vertrages versprochen, mit ihm die Geschäftsbeziehungen in gleicher Weise wie bisher mit dem Kläger fortzusetzen.

Wenn die Revision ausführt, der sich aus den Büchern des Klägers ergebende Umsatz bleibe, da die Bücher unvollständig geführt worden seien, hinter dem tatsächlich von dem Kläger im Jahre 1950 erzielten Umsatz zurück und sie rügt, das Berufungsgericht habe in Verletzung des § 286 ZPO die von dem Kläger angebotenen diesbezüglichen Beweise nicht erschöpft, so kann sie hiermit nicht gehört werden.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die als Zeugen benannten Abnehmer des Klägers, die im Schriftsatz des Klägers vom 1. Juni 1950 aufgeführt worden seien, darüber vernehmen müssen, daß sie die in die-

sem Schriftsatz angeführten Mengen von dem Kläger bezogen haben.

Der Kläger hätte dartun müssen, daß er an seine Stammkundschaft, wie er dem Beklagten zugesichert hat, monatlich 10 - 15 to geliefert habe. Schon seine Ausführungen über die Stammkundschaft sind in den Tatsacheninstanzen widerspruchsvoll. Wenn die Revision ausführt, die Stammkundschaft sei in dem Schriftsatz vom 1. Juli 1953, der durch den Schriftsatz vom 12. Juli 1953 ergänzt worden sei, aufgeführt, so kann dem nicht gefolgt werden. In den Schriftsätzen vom 1. und 12. Juli 1953, die der Kläger in dem Verfahren zur Erlangung des Armrenrecht für die Berufungsinstanz eingereicht hatte, auf welche die Berufungsbegründung Bezug nimmt, waren 15 Kunden namentlich aufgeführt. Aus dem Schriftsatz des Klägers vom 1. Juli 1953 geht hervor, daß er selbst nicht alle dort aufgeführten Kunden als seine Stammkunden betrachtete. Er selbst hat bei seiner Anhörung am 13. Januar 1952 erklärt, sein Vertreter W. [REDACTED] habe für ihn einen festen Kundenkreis in A. [REDACTED] erworben, nämlich die Firmen W. [REDACTED], B. [REDACTED], Bl. [REDACTED] und Bö. [REDACTED] sowie noch weitere drei Kunden, deren Namen ihm nicht gegenwärtig seien. "Andere feste Kundschaft habe er nicht gehabt". Bei seiner weiteren Vernehmung spricht er allerdings noch von weiteren sechs Abnehmern, die er als Dauerkunden bezeichnet. Alle diese von dem Kläger als feste oder Dauerkunden bezeichneten Abnehmer sind in dem Tagebuch als Abnehmer verzeichnet. Der Kläger hat sich im Schriftsatz vom 29. Oktober 1951 auf seine Bücher bezogen, daß er an seine Kundschaft in A. [REDACTED], seinem Hauptarbeitsgebiet, durchschnittlich monatlich 8 - 12 to geliefert habe, er hat sich weiter auf seine Bücher dafür bezogen, daß er im Jahre 1950 36.000 IM umgesetzt habe. Aus seinem Tagebuch geht hervor, daß er annähernd einen

solchen Umsatz, nämlich 31.551,95 DM, im Jahre 1950 erzielt hat. Wenn das Berufungsgericht bei seinen Feststellungen von dem Umsatz ausging, der sich aus dem Tagebuch des Klägers ergab, den er selbst als richtig bezeichnete, so erübrigte es sich, noch sämtliche Abnehmer des Klägers als Zeugen über den Umsatz des Klägers mit ihnen zu vernehmen. Dies war um so weniger erforderlich, weil sich schon aus der eigenen Angabe des Klägers über seinen Umsatz im Jahre 1950 ergab, daß er keinesfalls einen Durchschnittsumsatz von monatlich 10 to erreicht haben konnte. Hätte der Kläger einen Umsatz von durchschnittlich 10 to monatlich gehabt, so hätte er bei Berücksichtigung des von ihm angegebenen Verkaufspreises von durchschnittlich 800 DM je to insgesamt 96.000 DM im Jahre 1950 umsetzen müssen und nicht, wie er selbst vorgetragen hat, 36.000 DM. Legte somit das Berufungsgericht mit Recht den von dem Kläger selbst angegebenen Jahresumsatz, für dessen Richtigkeit er sich auf seine Bücher bezog, von 32.000 DM, wie ihn das Tagebuch auswies, seiner Entscheidung zugrunde, so ergibt sich ein Jahresumsatz von 40 to, was einem monatlichen Umsatz von durchschnittlich 3,3 to entspricht.

b) Die Revision rügt weiter, daß in den Büchern des Klägers ein Betrag von 6.540 DM nicht erscheine, um welchen sich sein Umsatz im Jahre 1950 erhöhe. Selbst wenn man der Revision folgen wollte, daß der sich aus dem Tagebuch ergebende Umsatz von ca. 31.500 DM diesen Betrag nicht enthalte, den ein gewisser Riemenschneider, bei dem der Kläger ein Auslieferungslager unterhalten haben will, veruntreut haben soll, und daß dieser veruntreute Betrag den Gegenwert für an die Kundschaft ausgelieferte Teigwaren darstellte, so ergibt sich ein Umsatz von ca. 38.100 DM (31.550 + 6.540 DM). Dies würde unter Zugrundelegung eines Verkaufspreises von 800 DM je to

einen Jahresumsatz von ca. 48 to (nach oben abgerundet) ergeben. d.h. einen monatlichen Umsatz von 4 to. Es würde also auch dann ein Monatsumsatz von durchschnittlich 10 to bei weitem nicht erreicht sein, selbst wenn man alle von dem Kläger belieferten Kunden als seine Stammkunden betrachten wollte.

c) Ebenso ist das Berufungsgericht mit Recht der vom Kläger aufgestellten Behauptung, er habe 10 to Mehl, die nicht durch seine Bücher gegangen seien, von zwei Mühlen gekauft, nicht nachgegangen. Diese Behauptung war unsubstantiiert, der Kläger hätte unter Beweis stellen müssen, daß er die aus diesem Mehl hergestellten Teigwaren an seine Stammkundschaft verkauft habe und daß der Gegenwert hierfür nicht durch seine Bücher gegangen sei. Dies hat der Kläger nicht getan.

d) Die Revision führt weiter aus, der Kläger habe unter Beweisantritt im Schriftsatz vom 24. Februar 1954 vorgetragen, er habe dem Beklagten vor Kaufabschluß seine Geschäftsbücher vorgelegt, die der Beklagte eingehend geprüft habe. Hierauf ist zu erwidern, daß in diesem Schriftsatz ein Beweisantrag fehlt. Im übrigen würde selbst, wenn dies der Fall gewesen sein sollte, hierdurch die Einrede der arglistigen Täuschung des Beklagten nicht entkräftet werden. Aus den Büchern des Klägers war der mengenmäßige Umsatz des Klägers mit seiner Stammkundschaft nicht zu erkennen; gerade auf diesen Umsatz kam es dem Beklagten, wie die Revision selbst zugegeben hat, bei Vertragsabschluß entscheidend an. Die Behauptung des Klägers wäre nur dann erheblich gewesen, wenn er unter Beweis gestellt haben würde, daß der Beklagte bei Prüfung des Tagebuchs erkannt hätte, daß seine, des Klägers, frühere Zusicherung, einen monatlichen Umsatz von 10 - 15 to gehabt

zu haben, unrichtig gewesen sei und der Beklagte trotz Kenntnis dieser Sachlage sich zum Kauf des Betriebes entschlossen habe. Hierfür bietet aber der Vortrag der Parteien keinen Anhaltspunkt.

e) Auch die weiteren Ausführungen der Revision, dem Beklagten sei, wie der Kläger unter Beweis gestellt habe, bekannt gewesen, daß er sich im November 1950 einer Operation habe unterziehen müssen, was eine zwangsläufige Verringerung seines Umsatzes mit sich gebracht habe, stehen im Widerspruch zu seinem eigenen Vortrage. Er hat im Schriftsatz vom 22. Januar 1954, auf welchen sich die Revision bezieht, ausgeführt, daß seine Produktion noch bis Mitte oder Ende November 1950 normal gelaufen sei. Selbst wenn man aber diese Monate November und Dezember 1950 bei der Berechnung des Umsatzes unberücksichtigt läßt, also dem Kläger zugesteht, daß sich seine Zusage über einen monatlichen Umsatz von mindestens 10 to nur auf die ersten 10 Monate des Jahres 1950, in denen er in seiner Tätigkeit wegen Krankheit nicht behindert war, bezieht und daher die Einnahmen in diesen beiden Monaten von ca. 4.000 DM dem Umsatz der vorhergehenden 10 Monate zuschlägt, was damit gerechtfertigt werden könnte, daß die im November und Dezember 1950 von dem Kläger ausgelieferte Ware von den Kunden bereits in den vorhergehenden Monaten bestellt worden sei, und weiter den von R [REDACTED] veruntreuten Betrag von 6.540 DM der von dem Kläger im Tagebuch angegebenen Jahresumsatzziffer von 31.552 DM hinzurechnet, so ergibt sich ein Umsatz für die ersten 10 Monate des Jahres 1950 in Höhe von ca. 38.000 DM. Dies würde einen Umsatz von ca. 47,5 to für die ersten 10 Monate des Jahres 1950 ergeben, also einen monatlichen Umsatz von durchschnittlich 4,75 to. Auch dieser nur auf die ersten 10 Monate des Jahres 1950 verteilte Umsatz

bleibt wesentlich unter dem dem Beklagten zugesicherten Umsatz von mindestens 10 to zurück.

f) Wenn die Revision schließlich vorträgt, der frühere Vertreter des Klägers, W [REDACTED], und der neu engagierte Vertreter We [REDACTED] hätten gelegentlich des Besuches der Parteien vor Abschluß des Vertrages in Augsburg die Absatzverhältnisse bei den Kunden dargelegt, so finden diese Ausführungen, abgesehen von ihrer Unsubstantiiertheit, in dem Vortrag des Klägers keine Stütze. Was den neu engagierten Vertreter W [REDACTED] anbetrifft, so konnte er aus eigener Kenntnis über den Umsatz des Klägers keine Auskunft geben, da er seine Tätigkeit zur damaligen Zeit unstreitig noch nicht aufgenommen hatte. Was W [REDACTED] anbetrifft, so mag es durchaus möglich sein, daß er über die Kundschaft mit dem Beklagten gesprochen hat. Es ist aber in keiner Weise dargetan, daß diese allgemein gehaltenen Besprechungen genaue Umsatzziffern zur Grundlage hatten. Dies behauptet die Revision selbst nicht. Zur damaligen Zeit mußte daher der Beklagte bei seinen Überlegungen von den Zusicherungen ausgehen, die ihm der Kläger über seinen Umsatz gegeben hatte. Diese waren selbst bei günstigster Berechnung für den Kläger falsch. Es ist daher auch unrichtig, wenn die Revision in dem Umstande, daß der Kläger den Beklagten mit den Vertretern und den Abnehmern vor Abschluß des Vertrages zusammenführte, den Beweis dafür erblickt, daß dem Kläger der Vorsatz zur Täuschung des Beklagten gefehlt habe. Der Besuch der Kundschaft und die Besprechung mit den Vertretern hatte nicht den Zweck, den Beklagten über Rentabilität und Umsatz des Geschäfts zu unterrichten, vielmehr bezwecken derartige gemeinschaftliche Besuche von Käufer und Verkäufer eines Geschäfts nach der allgemeinen Lebenserfahrung, den Käufer in seine neue Tätigkeit

in großen Zügen einzuführen und ihn mit den Abnehmern bekannt zu machen. Dies erschien im vorliegenden Fall um so mehr geboten, weil der Beklagte völlig branchenfremd war.

Entkräften somit die Rügen der Revision nicht die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Kläger dem Beklagten in Bezug auf den Umsatz mit der Stammkundschaft bewußt die Unwahrheit gesagt habe, so hat das Berufungsgericht mit Recht die Anfechtung des Vertrages seitens des Beklagten aus § 123 Abs 1 BGB für rechtswirksam erklärt. Dies hatte die Nichtigkeit des Vertrages und somit die Abweisung der Klage auf Zahlung des Restkaufgeldes zur Folge. Dem Berufungsgericht war daher zuzustimmen, wenn es die Berufung gegen das abweisende Urteil des Landgerichts zurückwies.

III. Zur Widerklage:

Das Berufungsgericht hat die erst in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage, mit welcher der Beklagte den von ihm bereits an den Kläger auf dessen Kaufpreisforderung gezahlten Teilbetrag von 11.550 DM zurückgefordert hat, zugelassen. Gegen die Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz bestehen keine rechtlichen Bedenken. Nach § 529 Abs 4 ZPO ist eine Widerklage in der Berufungsinstanz zulässig, wenn der Gegner einwilligt, oder das Berufungsgericht sie in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält. Beide Voraussetzungen hat das Berufungsgericht mit rechtlich zutreffenden Gründen für gegeben erachtet. Es ist der Revision zuzugeben, daß die Erhebung der Widerklage in der Berufungsinstanz prozeßrechtlich im Wege der Anschlußberufung zu erfolgen hat. Hierbei ist es nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum nicht erforderlich, daß die Erklärung, sich der Berufung anzuschließen, ausdrücklich in dem die Widerklage

enthaltenen Schriftsatz enthalten ist. Dies gibt auch die Revision selbst zu. Sie macht jedoch die Einschränkung, daß dies nur Geltung haben könne, wenn der Kläger und Berufungsbeklagte in der Berufungsinstanz den von ihm geltend gemachten Anspruch erhöhe (vgl Urteil des BGH vom 28. Oktober 1953 - VI ZR 217/53 S 10 - nicht veröffentlicht). Dies könne aber nicht für eine Widerklage des Beklagten und Berufungsbeklagten gelten. Mit der Widerklage würde keine Abänderung des klagabweisenden Urteils I. Instanz erstrebt, sondern ein neuer dem Rechtsstreit bisher fremder Anspruch von dem Beklagten rechtshängig gemacht, der das Urteil I. Instanz unberührt lasse. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Da es im Rahmen des § 529 Abs 4 ZPO möglich ist, im Berufungsverfahren eine Widerklage in der für die Anschlußberufung erforderlichen Form des § 522 a ZPO zu erheben und diese Voraussetzungen im vorliegenden Rechtsstreit gegeben sind, so ist entgegen der Ansicht der Revision kein Grund einzusehen, daß anders als im Falle der Klagerhöhung seitens eines Klägers und Berufungsbeklagten bei Erhebung einer Widerklage des Beklagten und Berufungsbeklagten im Wege der Anschlußberufung diese als solche bezeichnet werden müßte. In beiden Fällen verlangt die unselbständige Anschlußberufung, um welche es sich hier handelt, keine Beschwerde, in beiden Fällen hat das Gericht I. Instanz über den nunmehr geltenden Anspruch nicht entschieden. Der von der Revision als notwendig angesehene Hinweis, daß es sich bei Erhebung einer Widerklage in der Berufungsinstanz um eine Anschlußberufung handle, entbehrt jeder rechtlichen Grundlage. Der formalistische Standpunkt der Revision, eine an sich statthafte Widerklage aus dem Grunde abzuweisen, weil sie nicht als Anschlußberufung bezeichnet ist, würde den Grundsätzen der Prozeßökonomie widersprechen.

Die Widerklage ist auch sachlich, wie dem Berufungsgericht zuzustimmen ist, gerechtfertigt. Der Anspruch des Klägers beruht, da der Kaufvertrag nichtig ist, auf § 812 BGB. Mit rechtlich zutreffenden Gründen hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß grundsätzlich der Bereicherungsanspruch nur auf Herausgabe des Überschusses gehe und ein Ausgleichsanspruch sei. Die Rechtsprechung mache jedoch hiervon bei Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung eine Ausnahme. In einem solchen Falle könne der Anfechtungsberechtigte die von ihm ohne Rechtsgrund geleistete Zahlung zurückverlangen und es dem Gegner überlassen, seinerseits Bereicherungsansprüche geltend zu machen (RGZ 49, 419 424; 59, 92; JW 1910, 799; 1919, 377/378; 1936; 1950). Dies habe der Kläger nicht getan. Dieser Ansicht schließt sich der Senat an.

Da über die Höhe des mit der Widerklage geforderten Betrages kein Streit besteht, so hat das Berufungsgericht ihr mit Recht stattgegeben.

Dem Berufungsgericht war daher im vollen Umfange zu folgen und die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen, wobei die Abänderung des Urteils-

spruches des Berufungsgerichts in formeller Hinsicht sachdienlich erschien.

Dr. Canter

Dr. Selowsky

Dr. Haidinger

Dr. Kuhn.

Artl